COMISSÃO N. 3

O DIREITO INDIVIDUAL DO TRABALHO E SUAS TENDÊNCIAS

CONSTITUINTE — REIVINDICAÇÃO BÁSICA DOS TRABALHADORES

Marco Aurélio Mendes de Farias Mello (*)

Ao cogitar-se da autonomia da manifestação de vontade, remonta-se à Revolução Francesa de 1789, quando o liberalismo econômico e político se mostrou mera decorrência de idéias baseadas na liberdade natural do homem. Acreditou-se, desde logo, que este seria o maior guardião dos próprios interesses, definindo conveniência e oportunidade.

Tal quadro, somado ao que decorreu da revolução industrial, com fortalecimento da empresa, acarretou condições pouco dignas e humanas de trabalho. A busca incessante de lucros fazia-se, na maioria das vezes, com o sacrifício dos trabalhadores, mediante o desenvolvimento do serviço, em condições impróprias e contraprestação ínfima.

A liberdade formal conduzia à aceitação das condições impostas, isto diante da necessidade de alcançar emprego. Daí o acerto das palavras de **George Ripert,** no sentido de haver a experiência demonstrado que a liberdade não basta para assegurar a igualdade, pois os mais fortes depressa se tornam opressores.

Tiveram início, então, ainda no Século XIX, os movimentos coletivos, objetivando alcançar melhores condições. Compreenderam os trabalhadores que não lograriam êxito, senão mediante a atuação conjunta.

A atenção despertada para as precárias situações da classe acabou por surtir efeito. O Estado, buscando o implemento da justiça social, compreendeu que as desigualdades reinantes somente poderiam ser corrigidas com a introdução de desigualdades de sentido oposto — **Couture** —, surgindo, assim, o Direito do Trabalho, revelado por normas jurídicas asseguradoras de proteção mínima ao hipossuficiente. Podemos, portanto, apontar que a origem do Direito do Trabalho está no desequilíbrio de forças das partes envolvidas — empregado e empregador —, quer em virtude da tendência de o nível de emprego ser inferior ao da mão-de-obra, quer diante da subordinação caracterizadora do contrato de trabalho.

(*) Ministro do Tribunal Superior do Trabalho e Professor da Universidade de Brasília.

A disciplina — Direito do Trabalho — surge autônoma, porque possuidora daqueles requisitos que **Alfredo Rocco** aponta como reveladores de tal qualidade — domínio suficientemente vasto, a existência de doutrinas homogêneas, e aqui temos os princípios peculiares e, também, de métodos próprios.

Quanto aos princípios, **Plá Rodriguez** os aponta em síntese inigualável. O da proteção, alicerçado em três idéias: **in dubio pro operario**, aplicação da norma jurídica mais favorável — abandona-se a hierarquia das leis, e observância da condição mais benéfica. O da continuidade, pelo qual se presume a indeterminação do prazo do contrato firmado, privilegiando-se a manutenção deste em detrimento de pequenas infrações. No dizer de **Evaristo de Moraes**, a nova Política Social conduz à preservação, tanto quanto possível, do vínculo empregatício. O da realidade, tão enaltecido por **Mário de La Cueva**, outorgando maior valia ao dia-a-dia do relacionamento empregado-empregador. O aspecto formal, na maioria das vezes em descompasso com a dinâmica da relação jurídica, perde o valor absoluto, buscando-se os verdadeiros parâmetros que se fizeram presentes na prestação dos serviços. O da razoabilidade, porquanto pertinente à atuação do homem. O da boa fé porque peculiar a qualquer relação jurídica e tendo em vista que a confiança exsurge como base do contrato de trabalho. Por derradeiro, o da irrenunciabilidade, lastreado na natureza imperativa das normas de proteção ao trabalhador.

Linhas atrás, ficou consignada a origem da intervenção do Estado, objetivando proteger o trabalhador. Tal intervenção seria inócua caso este último, compelido pelas circunstâncias reinantes e vítima de mercado de trabalho impiedoso, pudesse despojar-se das garantias mínimas asseguradas. As renúncias seriam constantes, variando ao sabor do maior ou menor escrúpulo empresarial e da oferta de mão-de-obra. A liberdade de ajuste das condições de trabalho, sem observância de qualquer balizamento, acabaria por submeter o trabalhador à situação pouco harmônica com a justiça social almejada. É sob tal ótica que pretendemos revelar a principal preocupação a ser eleita pelos trabalhadores pátrios no momento em que se pensa em reforma profunda de nossa Carta Política.

Ao primeiro exame, o sistema jurídico-trabalhista nacional parece perfeito. No artigo 9.°, da Consolidação das Leis do Trabalho, está inserido salutar dispositivo — "Serão nulos de pleno direito os atos praticados com o objetivo de desvirtuar, impedir ou fraudar a aplicação dos preceitos contidos na presente Consolidação". Mais adiante, em reforço à definição da natureza imperativa das normas trabalhistas, distanciando-as das comuns, em regras dispositivas, tem-se o artigo 444 a revelar que as relações contratuais de trabalho podem ser objeto de livre estipulação das partes interessadas, em tudo quanto não contravenha às disposições de proteção ao trabalho, aos contratos coletivos (atualmente convenções coletivas), que lhes sejam aplicáveis, e às decisões das autoridades competentes. Não parou aí o legislador e, objetivando afastar qualquer dúvida sobre a impertinência da autonomia da manifestação da vontade, previu, no artigo 468, como pedra de toque definidora da legitimidade de toda e qualquer alteração bilateral do contrato, a inexistência de prejuízo para o empregado.

Forçoso é concluir que o menos avisado visualizaria eficácia na proteção prevista em lei. Ledo engano. O sistema mostra-se, senão inócuo, pelo menos de atuação duvidosa.

Sob o prisma constitucional, temos como finalidade da ordem estabelecida a realização da justiça social e do desenvolvimento nacional, a ocorrer, a primeira, mediante a valorização do trabalho como condição da dignidade humana e a harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção — artigo 160, incisos II e IV. No artigo 165, consta o elenco dos direitos assegurados aos trabalhadores, visando a melhoria da condição social, tudo levando a crer, assim, em valia do ordenamento jurídico pátrio.

Ocorre, porém, que o trabalhador, frente à sonegação de direitos, se depara com cruciante dilema: se de um lado, o acesso ao Judiciário constitui-se em garantia constitucional — § 4.°, do artigo 153 —, de outro surge o risco decorrente do fato de a resilição contratual constituir-se em direito potestativo. Diante do ajuizamento da ação, o empregador pode fazer cessar o contrato, bastando, para isto, que expeça as guias do Fundo de Garantia no código 1 e pague a multa prevista no artigo 22 da Lei n. 5.107/66 — 10% sobre o saldo da conta, ou ainda satisfaça a indenização do artigo 477, da Consolidação das Leis do Trabalho, de vez que a figura do estável é das mais raras. Dir-se-á que o interessado poderá aguardar momento propício e deixar para ingressar com a ação quando já não mais tenha o que perder junto ao empregador. A colocação é, sem dúvida, procedente, mas apresenta aspecto negativo — a prescrição bienal do artigo 11, consolidado. Em não se tratando de parcela prevista na legislação do trabalho, portanto, em preceito imperativo, a prescrição é total e o prazo respectivo começa a correr da data em que o trabalhador teve violado o direito, pouco importando que a este estejam vinculadas parcelas sucessivas, porque estas consubstanciam meros acessórios, a teor do disposto no artigo 58, do Código Civil. De qualquer forma, ainda que a situação seja ambígua e que se possa decidir pela prescrição parcial, as quantias que se tornaram devidas no período anterior aos dois anos que antecederam ao ajuizamento da ação serão alcançadas com o pronunciamento da prescrição, instituto largamente empolgado pelos empregadores.

Surge, então, o quadro atual: os trabalhadores, receosos de perderem o emprego, na maioria das vezes meio único de que dispõem para prover a própria subsistência e a da respectiva família, ficam emudecidos. O esvaziamento da eficácia das normas trabalhistas é de vulto, porque, para se ter uma idéia, em levantamento por amostragem que realizamos no mês de setembro no distribuidor do Tribunal Superior do Trabalho, entre cem processos verificados, oitenta e dois tiveram início após a cessação do contrato de trabalho. Os percentuais são alarmantes, indicando o alto índice de renúncia indireta a direitos trabalhistas.

Onde está a deficiência?

Até 1967, os trabalhadores tinham assegurada, constitucionalmente, estabilidade na empresa ou na exploração rural, e indenização, nos casos e nas condições que a lei estatuísse. A segurança no emprego foi prevista, pela lei ordinária, em relação àqueles que alcançassem dez anos de serviço na mesma empresa — artigo 492, da Consolidação das Leis do Trabalho, prazo demasiadamente longo e que, mesmo assim, amiúde, tinha o implemento obstado mediante despedimento do empregado que estivesse próximo a completá-lo. Tantas foram as controvérsias sobre a matéria que o Tribunal Superior do Trabalho acabou por editar enunciado que passou a compor a respectiva Súmula, no sentido de que se presumia obstativa à

estabilidade a despedida, sem justo motivo, do empregado que tivesse alcançado nove anos de serviço na empresa.

O quadro serve para revelar que o mal, ao contrário do que muitos pensam, não está em si, no regime do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço. Não, o regime anterior a este último já não atendia aos reclamos sociais.

Após 1967, passou-se a ter a dualidade. Foi criado o regime do Fundo. Formalmente, a opção por este restou outorgada ao trabalhador — artigo 1.º, da Lei n. 5.107/66, mas, na prática, o desequilíbrio do mercado, com mão-de-obra oferecida, colou ao contrato de trabalho, características somente encontradas nos de adesão. O empregador encontrou e continua encontrando campo propício à imposição de algumas condições de trabalho e dentre estas destaca-se a adoção do sistema do Fundo. A particularidade já levou a dizer-se que o trabalhador não opta, mas sim "é optado".

Nem se diga da possibilidade de retratação nos trezentos e sessenta e cinco dias que se seguirem à opção. A ameaça de perda do emprego mostra-se prevalente, inibindo o trabalhador.

O projeto que deu origem à Lei n. 5.958/73 previa que o ingresso na empresa ocorreria pelo regime da Consolidação e poderia o empregado, após, optar pelo Fundo. Todavia, na Câmara ocorreu a total transmutação. Aprovou-se a opção retroativa e, o que é pior, facultando-se aos trabalhadores fazerem a opção alcançar, até mesmo, o período anterior à data em que completado o decênio, com a perda não só da estabilidade, como também da indenização dobrada, a ser paga nas raras hipóteses previstas em lei.

Pois bem: hoje em dia, difícil é encontrar, pelas diversas razões aludidas, um estável, limitando-se a garantia de emprego a casos que constituem exceção: membros titulares da CIPA (artigo 165 da Consolidação das Leis do Trabalho), dirigentes sindicais e vogais (artigo 543) e outros previstos em instrumentos coletivos ou sentenças normativas, como é o caso da gestante.

Vêm-nos da legislação comparada exemplos de providências no campo do direito do trabalho, individual e coletivo, objetivando proporcionar aos prestadores de serviço a segurança social indispensável a que, dedicados ao desenvolvimento das respectivas atividades, alcancem produção maior. Mediante a disciplina dos despedimentos, preceitos alienígenas afastam a livre discrição patronal, limitando as hipóteses de cessação do contrato por iniciativa da categoria econômica. Com isto, criam todo um aparato legal revelador de que a subsistência do obreiro deixa de estar sujeita a simples deliberação daquele que o contratou. Vejamos alguns exemplos.

Na Alemanha, onde a organização judiciária assemelha-se à nossa — com três juízos trabalhistas —, o despedimento necessita ser socialmente justificável, entendendo-se como tal, o que decorra de inaptidão do prestador dos serviços ou de necessidade da empresa, decorrente de racionalização, automação ou crise econômica. As exceções abertas dizem respeito aos trabalhadores com menos de seis meses de serviço (a estabilidade brasileira somente é alcançada aos dez anos), menores de vinte anos, microempresas (definidas como aquelas que tenham menos de cinco empregados), domésticos e executantes de cargos de direção. Despedido o empregado, tem este três semanas para ingressar com a ação.

Na Espanha, o direito à permanência no emprego é relativo. Tratando-se de empresa com até cinqüenta empregados, à mesma caberá definir se readmite ou indeniza o trabalhador. A opção será deste em havendo mais de cinqüenta obreiros.

Na Itália, a matéria está disciplinada pelo alcance do despedimento. Quando coletivo, as causas são discutidas com o Sindicato, estabelecendo-se ordem preferencial norteada pela antigüidade e encargos de família. O despedimento individual somente pode decorrer de procedimento condenável do obreiro ou motivo justificado, admitindo-se este último diante de notável inadimplemento do empregador ou causa inerente à atividade produtiva. Fora destes casos, assiste ao empregado o direito à reintegração.

Em França, a matéria está regulada conforme a natureza do despedimento. Tratando-se de coletivo, fica jungido às causas econômicas, devendo ser demonstrado o constrangimento insustentável à reorganização. De qualquer forma, tal como ocorre na Itália, há um procedimento prévio. As representações trabalhistas são consultadas, formulando-se plano, inclusive, para as readmissões. As resilições somente são consumadas após pronunciamento da autoridade competente. Já quando individual, demanda a atuação do judiciário, devendo ser provado o concurso de causa real (elemento objetivo) e séria (elemento subjetivo), como são exemplos a inaptidão, o procedimento condenável, a reorganização da empresa e a perda da confiança. Exceções são abertas no tocante aos empregados com menos de ano de serviço (repita-se, no Brasil tem-se dez anos), e em relação às empresas que tenham até dez empregados.

Em Portugal, há, também, a divisão da disciplina, considerando-se as duas espécies de despedimento — coletivo e individual. No primeiro, dá-se a comunicação à comissão de trabalhadores, procurando-se demonstrar as razões que podem ser de ordem econômica, financeira ou técnica. A seguir, a Comissão encaminha à Secretaria de Estado do Emprego parecer circunstanciado, concordando ou não com a pretensão patronal. Segue-se o pronunciamento do Ministro do Trabalho. No despedimento maciço, observa-se preferência à manutenção do emprego dos mais antigos, mais idosos, que possuam encargos familiares de maior vulto e dos que possuam maior experiência e sejam mais capazes. No individual, a garantia de emprego é latente. Precede o ato processo administrativo, assegurando-se ao trabalhador ampla defesa. É ouvida a comissão de trabalhadores e, emitindo esta parecer favorável à continuação do vínculo, o empregado tem três dias para requerer ao Tribunal a suspensão do ato, sendo que o pronunciamento da Corte deve ocorrer no prazo de trinta dias.

Por último, nesta série de exemplos, temos o México. Vigora a estabilidade, cabendo ao empregado escolher entre a indenização ou a reintegração, sendo que, para esta, existe a chamada ação de reinstalação. Ficam excepcionadas as hipóteses de empregado com menos de ano de casa (no Brasil tem-se o decênio e, mesmo assim, caso não haja ocorrido opção pelo sistema do Fundo de Garantia), os executantes de cargos de direção, os trabalhadores que tenham contato direto com o empregador, os domésticos e os trabalhadores eventuais.

Salta aos olhos a preocupação da comunidade internacional, no sentido do afastamento da instabilidade no emprego, havendo modelos suficientes a que o

Brasil caminhe no sentido de adotar sistema próprio, que garanta o emprego já alcançado. Não basta elevar os níveis deste último. Indispensável é que se assegure a plena continuidade da relação jurídica que aproxima empregado e empregador e os torna senhores de direitos e detentores de obrigações, colando-se às rupturas a necessidade de serem precedidas de motivo socialmente aceitável.

Caminhamos para uma nova Constituição. O Projeto Afonso Arinos contém a disciplina da matéria. De início, nota-se que se visou dar ênfase à justiça social, colocando-a em relevo frente ao desenvolvimento. O acerto é total, porquanto este último constitui-se em meio para que se alcance a primeira. Alude-se a princípios como os pertinentes à valorização do trabalho, ao pleno emprego e à harmonia entre as categorias sociais de produção.

No campo da preservação do emprego, caminhou-se para a compatibilização almejada entre os dois sistemas — o da estabilidade e o do Fundo. Ocorre, porém, que a proposta não levou em conta a nefasta experiência. Consigna o direito do trabalhador à estabilidade e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, sem maior indicação quanto aos parâmetros da primeira. Tudo indica que estes continuarão sendo os da Consolidação das Leis do Trabalho. Assim, para alcançar a estabilidade, o empregado terá que percorrer o longo caminho pertinente aos dez anos, ficando sujeito, enquanto isto, à sempre presente possibilidade de, imotivadamente, vir a ser despedido. Com todo o respeito, o Projeto não atende, no particular, aos anseios gerais. Melhor teria sido o abandono do instituto estabilidade e a adoção da pura e simples garantia de emprego após os primeiros seis meses de serviço, com a possibilidade de cessação do vínculo caso verificado motivo socialmente justificável.

Por outro lado, o Projeto, objetivando afastar a renúncia indireta a que nos referimos no início deste trabalho, visa transportar, para o corpo da futura Constituição, norma legal pertinente aos trabalhadores rurais. Referimo-nos à disposição balizadora do termo inicial do biênio pertinente à prescrição e que passará a coincidir com a data da cessação do contrato de trabalho. A previsão não se coaduna com a necessidade de afastamento de todo e qualquer clima de incerteza. Não se harmoniza com a indispensável estabilidade das relações. Contraria todo o sistema jurídico nacional, porquanto a possibilidade de ajuizamento da demanda estará sempre presente, pouco importando a data em que haja ocorrido a violação do direito. Os inconformismos represados não concorrem para a preservação da paz, enfim, do perfeito entendimento entre os homens. Vingando o projeto, terão os empregadores contra si a ameaça de verdadeira espada de Dâmocles: certa vez, o tirano Dionísio convidou para fausto almoço o desafeto Dâmocles, fazendo colocar sobre a cadeira em que este teria assento uma espada presa por frágil crina de cavalo. As empresas se sentirão como Dâmocles e, logicamente, passarão a ver nos empregados futuros adversários em reclamações trabalhistas. Sem dúvida, dedicarão aos mesmos tratamento pouco compatível com o relacionamento daqueles que contribuem ou devem contribuir para o êxito da mesma obra.

Evidentemente, a solução faz-se merecedora da crítica, porque implica em verdadeiro retrocesso, em revivescimento de um mal setorizado que precisa ser extinto. Eleja-se como fundamental a garantia de emprego e preserve-se o biênio prescricional tal como previsto no ordenamento jurídico em vigor, ou seja, con-

tado a partir da violação perpetrada. Somente assim será possível alcançar a distensão no relacionamento empregado-empregador, desenvolvendo cada qual em liberdade, porque sem ressentimentos e temores, as respectivas funções, nos limites da capacidade de produzir.

CONCLUSÕES:

1. A intervenção do Estado, outorgando direitos mínimos aos trabalhadores, deve ser secundada de plena possibilidade de acesso ao Judiciário, sem receio de perda do emprego.

2. A estabilidade do relacionamento jurídico empregado-empregador reclama a contagem do biênio prescricional, a partir da violação do direito que se pretenda ver respeitado.

3. A compatibilização da garantia de emprego com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço não só é possível, como também é de todo aconselhável.

4. A integração na vida e no desenvolvimento da empresa não coabita o mesmo teto da existência do direito patronal de resilir, à livre discrição, o contrato de trabalho.

5. A prática já demonstrou a impropriedade de a garantia de emprego somente ser alcançada após dez longos anos de prestação de serviços. O decênio revela uma existência e os despedimentos advirão, objetivando evitar o implemento do fator tempo.

6. O direito comparado e a experiência pátria revelam a conveniência de a cessação do contrato de trabalho ficar vinculada a motivo socialmente justificável, isto passado razoável período após o qual empregado e empregador melhor se conhecerão, sendo de todo aconselhável que não suplante seis meses.

7. A nova Constituição deve prever, em preceito auto-aplicável, a garantia de emprego a partir dos seis meses, deixando à legislação ordinária, por previsão expressa, a disciplina das exceções.

8. A Justiça social, objetivo primeiro de nossa ordem econômica e social, pressupõe segurança na vida gregária e com esta é totalmente incompatível a possibilidade de o empregado vir a perder a fonte do próprio sustento, por ato patronal passível de ser implementado a qualquer momento e a livre discrição.

9. Conscientizem-se todos, especialmente os integrantes da categoria econômica, de que os trabalhadores compõem as forças de produção, são detentores de direitos e obrigações, merecem vida condigna e estável, razão pela qual o direito de despedimento não pode ser absoluto, exercido à livre discrição, mas deve amoldar-se às exigências sociais e aos interesses comuns de empregado e empregador.

10. Elejam os trabalhadores como principal bandeira a garantia de emprego e, alcançada esta, terão logrado excepcional conquista e contribuído para a paz entre as categorias de produção.

Aula inaugural, do 2.º período letivo de 1986, proferida na Universidade Federal Fluminense — Centro de Estudos Sociais Aplicados, Faculdade de Direito, em 12 de setembro de 1986.